

AS CONDICIONANTES JURÍDICAS DA DECISÃO ANTECIPATÓRIA DA TUTELA

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO*

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará/UFC Professor de Processo Civil na faculdade de Direito do Recife/UFPE e Vice-Presidente do TRF da 5ª Região

1. As Condicionantes Jurídicas da Decisão Antecipatória da Tutela

A decisão que antecipa total ou parcialmente os efeitos da tutela judicial pedida pela parte promovente da ação *contrai o cruzamento da relação de direito material com a regra regente do processo civil, permitindo ao autor chegar ao momento de sua efetivação antes do tempo final do processo ou antes do termo conclusivo do processo.*

A previsão abstrata da proteção à relação de direito material encontra na tutela judicial a cristalização da *posição juridicamente vantajosa* que o autor exhibe, no ensejo em que, não tendo ocorrido o seu regular desempenho voluntário pela outra parte, vale-se da jurisdição para obter a sua provisão substitutiva; *isso faz evidente que o processo serve às situações da vida, ou seja, tutela as relações de direito material, sem as quais ele (o processo) se tornaria dispensável.*

Conforme prevê o art. 273, I e II do CPC, é direito subjetivo do autor pedir a antecipação (total ou parcial) dos efeitos da tutela pretendida na ação, devendo-se entendê-la, portanto, como *a solução da lide em tempo anterior ao da sentença final, traduzindo, por conseguinte, uma situação de ordem essencialmente temporal.*

A antecipação se dá precisamente em contraste ao tempo futuro da sentença, emergindo a decisão da lide *ante tempus* ou *ante terminus*: bem por isso o provimento em estudo pode ser deferido em

qualquer momento processual anterior à decisão final e, excepcionalmente, até mesmo consorciado a ela, embora nesse caso não se deva falar de *antecipação*.

Mas o que interessa frisar é que o deferimento da tutela antecipada não está ao livre alvedrio do juiz, constituindo-se em direito subjetivo da parte, acessível mediante a simples promoção da ação, eis que se subordina apenas à *presença simultânea* de dois requisitos jurídicos que lhe são condicionantes, *quais sejam, a prova inequívoca (dos fatos) e a verossimilhança das alegações deduzidas*.

Esses requisitos deverão vir cumulados, segundo o caso, *com a demonstração do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* (art. 273, I do CPC) ou com a *caracterização de abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu* (art. 273, II do CPC); na primeira hipótese legal (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação), a antecipação da tutela reveste a característica ou o propósito *assecuratório* do direito do autor, dando-lhe logo o bem da vida por ele reclamado; na segunda hipótese, qualifica-se mais pela intenção *sancionatória* ou punitiva da resistência obstinada do réu, em empecer a fruição do direito do autor.

Destaque-se, porém, que em todos os casos, será *sempre indeclinável* a exigência da prova inequívoca e da convicção do juiz quanto à verossimilhança das alegações, que são os *requisitos básicos* (por assim se dizer), para a obtenção de decisão antecipatória dos efeitos totais ou parciais da tutela postulada no pedido inicial (art. 273, *caput* do CPC).

Repita-se que esses requisitos devem, ainda, vir *qualificados*, por algumas dessas duas *circunstâncias alternativas* ou quiçá por ambas; essas qualificações são *o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* (art. 273, I do CPC) *ou a caracterização do abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu* (art. 273, II do CPC), sempre conexos àqueles ditos *requisitos básicos*; essas circunstâncias, embora

possam vir conjugadas, *são na verdade alternativas, tanto que entre ambas se insere a conjunção respectiva* (art. 273 do CPC).

Em síntese, essas qualificações são duas: no caso do art. 273, I do CPC, à situação exposta pela parte, provada inequivocamente e ornada de verossimilhança, deve, ainda, estar acoplado *o fundado receio de dano severo*; no caso do art. 273, II do CPC, deve estar caracterizado na situação exposta *o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte promovida*.

Cada um desses elementos comporta análise à parte, embora todos se inter-relacionem para denotar a possibilidade de deferimento antecipado da tutela reclamada.

2. Sobre o Conceito de Prova Inequívoca

Esse primeiro requisito (o da *prova inequívoca*) pertence ao domínio da demonstração da realidade dos fatos materiais que servem de supedâneo ao pedido de concessão de tutela antecipada, *quando o pleito da parte tiver por suporte a ocorrência de fenômenos naturalísticos*; se o pleito versar questão *unicamente de direito*, é claro que não se haverá de exigir prova alguma, já que esta (a prova) se refere somente a fatos.

A comprovação do quadro fático *diz respeito à sua existência (dos fatos) no mundo físico ou naturalístico e também se relaciona com o seu significado jurídico, no que é interessante ao julgamento*.

Além da realidade dos fatos no mundo naturalístico, a prova inequívoca também se projeta sobre as conseqüências jurídicas que desse mesmo acontecimento (fato) dimanam: são, portanto, objeto da prova inequívoca, no que importa ao pedido de tutela antecipada, *somente os fatos que guardem pertinência com o pedido posto na causa e sejam, ao mesmo tempo, relevantes para o seu deslinde*.

No nível conceitual, pode ser dito, com apoio em lição do eminente Ministro José Augusto Delgado, do colendo STJ, que *prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite discussão* (REsp 113.368-PR, DJU 19.5.97, p. 20.593), o que encaminha a compreensão desse conceito para as situações em que se tenha o quadro fático como *completamente definido, desenturvado de dúvidas ou seguramente assentado*.

Mas não se haveria de exigir, *na avaliação da prova inequívoca, para fim de concessão da tutela antecipada, o mesmo rigor que cabe na avaliação conclusiva da prova, para o deferimento (ou indeferimento) do pedido, na sentença final de procedência (ou improcedência), como se tratasse de um julgamento antecipado da lide* (art. 330 do CPC).

Na verdade, a apreciação da prova inequívoca é sumária, já que pertine a uma medida ou solução timbrada de provisoriedade, *mas não significa que seja superficial*; com efeito, ser *provisória* a medida não lhe agrega a nota de *insatisfatividade*, como poderia parecer; a tutela antecipada é *satisfativa* do direito pedido pelo autor, mas não é, porém, dotada de *definitividade*.

Para o Professor José Roberto Bedaque, apoiado no magistério do mestre Arruda Alvim, *prova inequívoca não é aquela suficiente para o acolhimento do pedido, o que autorizaria o julgamento antecipado da lide, acrescentando que, nos casos de prova inequívoca, quer pela suficiência do acervo documental, quer em razão de a controvérsia girar apenas em torno de questões de direito, a instrução probatória estará completa, não havendo necessidade de realização de audiência* (Tutela Cautelar e Tutela Antecipada, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 334).

Contudo, poder-se-ia dizer que o requisito da prova inequívoca, embora não se confunda com os casos em que cabe o julgamento antecipado da lide, guarda com eles, porém, alguma



proximidade: a) quando a questão de mérito é unicamente de direito; b) quando o complexo fático já está plenamente dilucidado e c) quando ocorre a revelia; *mas quanto a este último evento processual (revelia) se deverá observar para a sua correta caracterização a disciplina legal específica desse instituto (arts. 319 e 320 do CPC).*

Mas igualmente se haveria de ter por satisfeita ou por cumprida essa exigência de *prova inequívoca* (art. 273 do CPC), naquelas situações de *evidente desnecessidade de produção de prova*, quais as hipóteses contempladas no art. 334 do CPC: *I) quando os fatos forem notórios; II) quando forem confessados por uma parte em proveito da outra; III) quando admitidos no processo como incontroversos ou, ainda, IV) quando legalmente presumidos como existentes e verdadeiros.*

O notável Carreira Alvim, consagrado processualista mineiro, professor de processo civil e insigne Magistrado do TRF da 2ª Região, atentou para a verdade de que *nenhuma prova é inequívoca*, ensinando que a *mens legis* terá sido a de afirmar *fato inequívoco*, já que a prova é apenas o meio de o revelar (CPC Reformado, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, pp. 102 e segs.).

Essa observação do Professor Carreira Alvim foi seguida pelo eminente Antônio Cláudio da Costa Machado, que também critica a redação do art. 273 do CPC (*Tutela Antecipada*, São Paulo, Oliveira Mendes, 1998, p. 398); contudo, é certo que o dispositivo fornece esclarecimentos suficientes para o juiz *identificar* os casos em que será possível (ou não) o deferimento de tutela de conteúdo antecipatório, *não sendo determinante para essa tarefa se a inequivocidade seria da prova ou dos fatos da causa.*

A *prova inequívoca* diz respeito, indubitavelmente, a fatos, quanto a isso não havendo divergência, e estes (os fatos) é que serão *inequívocos* quanto à sua existência e significado jurídico, *mas é mister que a prova ou meio de prova relativo a esses mesmos fatos também seja*

de feição extremada de dúvidas (vale dizer, igualmente inequívoca), ou seja: a própria prova há de ser inconcussa em si mesma, não sendo, assim, admissível no conceito de prova inequívoca a chamada prova indireta; quanto à prova ilícita, seria clara a sua inadmissibilidade.

A inequivocidade da prova seria conceitualmente confinante ou bastante aproximada das tradicionais noções de instrumentalidade e pré-constituição, avizinhandose muito e muito dos consabidos conceitos de liquidez e certeza, como também refere o Ministro Teori Albino Zavascki (Antecipação da Tutela, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 76); os conceitos de liquidez e certeza do direito, tão caros à doutrina jurídica da ação de segurança, são sempre invocáveis com proveito em questão probatória, mas se recordando que toda prova produz apenas uma certeza subjetiva ou relativa, uma assemelhação da verdade, que pode ser apenas aparência das coisas ou ilusão da percepção.

Essa maior proximidade entre os conceitos de prova inequívoca e de liquidez e certeza do direito se torna mais nítida quando se tratar de concessão liminar da tutela antecipada, ou seja, antes da prática de qualquer atividade judicial insinuar, por mais sumária que seja; nos casos de deferimento da tutela antecipatória *in limine litis* por certo que o pleito da parte deve revestir-se da esmerada condição de liquidez e certeza.

Frise-se, porém, desde já, que nada impede, pelo contrário, tudo recomenda, que o juiz defira ao autor medida com conteúdo antecipatório, após a realização de um mínimo de instrução, como a ouvida da parte pública acionada, conforme se exige na tutela cautelar e na da ação civil pública (art. 2º da Lei 8.437/92).

O jurista Antonio Cláudio da Costa Machado parece que também pensa assim, (op. cit., p. 397), mas se registre que não há unanimidade da doutrina quanto à exata compreensão desse ponto; o douto Professor Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, admite que a

prova inequívoca seja produzida *por qualquer meio idôneo, e não somente o meio documental* (*Manual do Processo de Conhecimento, São Paulo, RT, 2001, p. 227*), mas estaria, por certo, implícito na lição do notável mestre paranaense que, no caso de prova não documental (pré-constituída), a tutela não seria liminarmente deferível, senão somente após alguma atividade instrutória, por mínima ou mesmo sumária que fosse, como já se disse.

O mestre Cândido Rangel Dinamarco, sempre citado com grande vantagem em matéria processual civil, entende (e com carradas de razão) que *a dar peso ao sentido literal do texto* (do art. 273 do CPC) *seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente, porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança* (*A Reforma do CPC, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 145*).

É certamente essa passagem da obra do festejado jurista de São Paulo que leva alguns autores a afirmar que a sua lição identifica a *inequivocidade da prova* com a *liquidez e certeza do direito*, mas a essa conclusão somente se poderia chegar, se fosse possível se *expandir até esse limite o pensamento dinamarquiano*.

De toda sorte, deve-se assinalar que *o fato provado de forma inequívoca é o que gera o convencimento judicial da verossimilhança da alegação do direito invocado* ou, em outras palavras, as entidades (prova inequívoca e verossimilhança) se expressam co-implicadas e de certo modo incindíveis, não ocorrendo a segunda (verossimilhança da alegação), se a primeira (prova inequívoca do fato-suporte) não se achar perfeita.

Aliás, seria correto entender que tal orientação seria mesmo a da Lei 8.952/94, tanto que *o aperfeiçoamento da reforma*, promovido pela Lei 10.444/02, acresceu ao art. 273 do CPC o § 6º, *autorizando a concessão da tutela quando, havendo pedidos cumulados, um ou mais*

deles (ou parte de algum ou alguns deles), se mostrasse incontroverso; essa condição pertine diretamente à prova da situação, de sorte que fica ainda mais reforçada aquela ilação primitiva que aproxima a noção ou o conceito de prova inequívoca da noção ou do conceito de direito líquido e certo.

Por último, essa argumentação indica que a decisão que antecipa a tutela, longe de corporificar um ato judicial de prática aгодada ou irrefletida, *é realmente lastreada na prova jurídica da verdade dos fatos que suportaram a efetiva incidência da norma de direito, produzindo no espírito do julgador a convicção (ou o convencimento) quanto à solução a ser dada ao pedido, no limite do ordenamento jurídico (verossimilhança), o qual é atendido prematuramente.*

Finalmente, diga-se que essa idéia de *variação de graus de intensidade da prova*, como elemento condicionante do tipo de tutela judicial, fora alvitrada pelo Professor Kazuo Watanabe, analisando a distinção entre a *plausibilidade do direito*, suficiente ao deferimento da tutela cautelar, e a *verossimilhança do direito*, exigível para o deferimento do pedido de antecipação da tutela ("Tutela Antecipatória e Tutela Específica nas Obrigações de fazer e não fazer", *Reforma do CPC*, sob a coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 33/34).

A tabulação (com propósitos somente didáticos) da *intensidade* da presença dos fatos da causa e da *definição* do direito deles decorrente, segundo a avaliação do juiz em cada caso, poderia ensejar a elaboração de um quadro como o seguinte, tendo em vista os diferentes tipos de tutelas judiciais teoricamente possíveis:

<i>Condicionantes</i>	<i>Tutela</i>	<i>Tutela</i>	<i>Tutela</i>
-----------------------	---------------	---------------	---------------

<i>Jurídicas</i>	<i>Cautelar</i>	<i>Antecipada</i>	<i>Definitiva</i>
<i>Fatos</i>	Prováveis	Certos	Certos
<i>Direito</i>	Plausível	Verossímil	Certo

Entretanto, enfatize-se logo que as condicionantes jurídicas apontadas *dependem da percepção do juiz em cada processo concretamente considerado*, não havendo uma régua ou um relógio que meçam com precisão a circunstancia do pedido.

De toda sorte, o quadro *indica* a mais estreita aproximação entre o *direito verossímil* e o *direito certo*, nas casas da tutela antecipada e da tutela definitiva, servindo isso para extremar a tutela cautelar; impõe-se, portanto, analisar em que medida os conceitos de *verossímil* e *certo* se tocam ou, se for o caso, se superpõem ou se confundem.

3. A Noção essencialmente Jurídica da Verossimilhança das Alegações

É certo que o conceito de verossimilhança guarda estrita afinidade com a noção de *semelhante à verdade, ou seja: verossimilhante é a situação que em tudo por tudo se assemelha à verdade, mas que não se identifica com ela, eis que esta, em termos processuais, somente é apurável ou conhecida, em regra, ao final da cognição judicial completa e exauriente, promovida e desenvolvida pelas partes, sob a direção e a eventual iniciativa do juiz, ainda que o julgador tenha de se contentar com a verdade ficta*.

A verossimilhança não deve ser compreendida, porém, como a *noção algo abstrata de possibilidade* de deferimento do pedido de tutela antecipada (*como se fora o mesmo que a plausibilidade da tutela cautelar*), nem, tampouco, a simples *ausência de vedação legal ao*

atendimento da pretensão que a parte postula: a verossimilhança das alegações permite, com base na prova inequívoca, a formação de um juízo firme, consciencioso e seguro, formador de uma convicção completa na mente do julgador; aliás talvez nem fosse gnosiologicamente próprio falar-se em convicção incompleta, cabendo dizer-se que toda convicção é completa ou não será convicção.

Pode-se admitir, assim, que, *em certas situações especiais ou graves*, a decisão antecipatória dos efeitos da tutela, calcada na prova inequívoca e na verossimilhança das alegações do postulante, *eventualmente possa produzir, no processo, uma situação denotante de satisfatividade ou até de definitividade, havendo até uma forte tendência à atenuação do rigor da proibição do art. 273, § 2º do CPC*, conforme referência do preclaro Professor José Carlos Barbosa Moreira (*O Novo Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 87).

A razão dessa *tendência*, como se pode facilmente inferir, está em que a apreciação que o juiz realiza para conceder a tutela antecipada ostenta a nota de *plenitude do seu convencimento*, sem embargo da norma proibitiva da decisão, quando houver *perigo de irreversibilidade* (art. 273, § 2º do CPC); *mas a reversibilidade da decisão não significa que deva ser insatisfativa, hipótese (absurda) em que a sua utilidade seria nenhuma.*

E como se *conciliaria* a admissão de definitividade de alguma decisão antecipatória com a proibição constante do art. 273, § 2º do CPC (*vedação da tutela, quando houver o perigo de irreversibilidade*)?

Talvez se pudesse aceitar que a *irreversibilidade* que faz a tutela inconcessível (art. 273, § 2º do CPC) seria somente a que *impedisse a reforma do provimento pelo mesmo órgão judicial que o outorgou ou a que gerasse uma situação jurídica até então inédita, como que criando "ex origine" a própria relação de direito material e não apenas*

assegurando (ou viabilizando) a sua efetivação em sentido amplo ou a concreção de uma relação jus-substantiva preexistente.

Dir-se-á, em contraposição a esse raciocínio, que haveria uma *redução* da amplitude da tutela antecipada, *mas se deve recordar que a sua função estratégica é principalmente a de abreviar a oportunidade de fruição do direito material, por meio da execução "lato sensu" (ou efetivação), o que de algum modo pressupõe a sua predefinição.*

A reflexão mais demorada sobre o conteúdo da *verossimilhança da alegação* da parte, no que interessa ao pedido de tutela antecipada, certamente encaminhará o juiz para identificá-la presente *quando o nível da certeza vai além (ou ultrapassa) aquele da mera plausibilidade (que esta se acha em qualquer pleito judicial processualmente viável)*, suficiente ao deferimento da tutela cautelar conservativa, *porque o art. 273 do CPC realmente não cuida de provimento com esse conteúdo (provimento cautelar conservativo).*

Essa questão de graus ou de intensidade da certeza, para permitir-se ao juiz a outorga da tutela antecipada, não é o *elemento decisivo*, pois não tem definitividade a *comparação* entre as tutelas de urgência (cautelar e antecipatória), *sendo influente tão-só e apenas saber-se, na hipótese de pedido calcado no art. 273 do CPC (pedido de antecipação de tutela), se a situação conduz (ou não) à possibilidade real de deferimento, bem como se presente alguma das circunstâncias alternativas dos incisos I e II do art. 273 do CPC.*

Não há, pois, diferença ontológica (ou de essência) entre as duas tutelas de urgência e a diversidade de *graus* não se situa nos seus contextos exteriores, *senão na convicção do juiz que as examina, não sendo de maior utilidade prática o trabalho intelectual de cotejar essas intensidades, porque os institutos não têm propósitos comuns.*

Ressalte-se que a Lei 10.444, de 7 de março de 2002, que entrou em vigor em 7 de agosto de 2002, como que indicando uma *espécie de fungibilidade* entre as tutelas de urgência, introduziu o § 7º no contexto do art. 273 do CPC, *prevendo que o Juiz poderá deferir ao autor a proteção de tutela cautelar incidente, quando lhe for postulada a tutela antecipatória, mas os requisitos desta não estiverem provados.*

Seria de assinalar que a Lei 10.444/02 *apenas reforçou o poder cautelar geral do juiz (art. 798 do CPC), ensejando a concessão de sua proteção de ofício, no processo de cognição*, mas a rigor não trouxe novidade no campo das atribuições conservativas de que o julgador já dispunha.

Mas será possível, em face ou em razão dessa aparente fungibilidade, que o juiz opere em sentido contrário, isto é, *defira a tutela antecipada ao autor, quando lhe for postulada a proteção de provimento cautelar, estando provados os requisitos do provimento antecipatório ?*

É aceitável que a resposta possa ser positiva, não incidindo, nessa hipótese, a regra dos arts. 2º e 262 do CPC (*proibição da atuação judicial sem provocação*), sobretudo se se tiver em conta os não poucos dispositivos do CPC que autorizam a exceção à regra *ne procedat judex ex officio* (arts. 18, 461, §§ 4º e 5º, 644 e 645), bem como a regra do art. 125 do CPC (*poderes dirigentes do Magistrado*) e a posição do juiz no processo civil moderno, *em que não mais desempenha a função de expectador privilegiado.*

Será legítimo concluir que, em certas situações de alta especificidade, *poderá o juiz deferir de ofício a tutela antecipada*, sem que, com isso ou por isso, esteja magoando o *princípio dispositivo do processo*, pois estará adstricto aos termos do pedido, *apenas antecipando uma decisão que seria ao final concedida.*

Nesse caso, entende-se que a própria promoção da ação *representa um pedido de tutela*, que poderá ser atendido de forma antecipada, quer seja logo ao despachar a inicial (*liminarmente*), quer no curso do processo (*incidentalmente*) ou mesmo com a sentença final (*definitivamente*); mas a concessão de tutela antecipada de ofício tem a oposição de notáveis mestres da doutrina processual, como o Ministro Teori Albino Zavascki (*op. cit.*, p. 103).

4. O Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação

Esse *elemento condicionante* da deferibilidade do provimento de tutela antecipada, *na verdade o primeiro termo alternativo a que se acoplam a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação (art. 273, 1 do CPC)*, transparece na sua estrutura algo que o aproxima do *periculum in mora*, o conhecido pressuposto da tutela cautelar; *por essa razão, se afiguram aplicáveis ao art. 273, I do CPC as conclusões da doutrina da cautelaridade, desenvolvida a respeito do perigo da demora.*

A essência do *periculum in mora* é uma ameaça à possibilidade de se dar à controvérsia substantiva uma solução definitiva imediata, daí por que entra em cena, na avaliação desse elemento *objetivo, a noção mal disfarçada de algo como o perecimento do direito tutelando ou a perda da utilidade da prestação jurisdicional futura*, como prefere o douto Humberto Teodoro Júnior (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 359).

Essa idéia vem expressa na doutrina mais autorizada com o nome de *perigo de lesão de reparação impossível*, conforme ensinam Arruda Alvim e Nelson Luiz Pinto (*Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Cautelar*, São Paulo, RT, 1991, pp. 15/16), o que tem encontrado eco nas egrégias Cortes de Justiça do País (STJ, REsp

177.124-RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJU 16.11.98, p. 134; TRF da 5ª Região, AG 2.460-RN, Rel. Juiz Araken Mariz, DJU 30.5.94, p. 26.498).

Nessa linha de raciocínio, *se o dano ou prejuízo é facilmente recomponível*, não se abre ensejo à proteção imediata do direito sob ameaça, conforme orientação do colendo STJ (REsp 36.118-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 28.3.94, p. 6.327), daí por que, em tal caso, descaberia a tutela cautelar e também descaberia a tutela antecipada.

O conceito de *facilmente recomponível* não é de rápida apreensão, mas se pode afirmar que ele estará ausente em situações *que exijam árduos esforços para restabelecer o "status quo ante"*, como por exemplo o pagamento de um tributo de exigibilidade questionável, para cuja devolução se requer a promoção de ação repetitória (arts. 165 a 169 do CTN), a submissão da decisão ao duplo grau (art. 475, II do CPC), e finalmente a inclusão do crédito no orçamento do ente público para posterior liberação por via de precatório (art. 100 da Carta Magna).

Não se deve associar a noção de lesividade ao direito à de inviabilidade jurídica da reparação, porque esta, será sempre passível de conversão em perdas e danos; o que importa evitar é que a prestação ou o direito material, *podendo ser atendidos logo e em espécie*, não o sejam, sob o argumento de que *não haverá prejuízo à parte, pois no futuro será o dano (atual) integralmente reparado*.

Por outro lado, são *facilmente recomponíveis* as situações jurídicas que não demandam iniciativas custosas, como por exemplo as reposições e indenizações devidas ao erário público, que podem ser descontadas das remunerações ou dos proventos dos seus devedores (*"motu próprio" administrativo do art. 46 da Lei 8.112/90*), daí por que se enquadram na tutelabilidade cautelar o pagamento imediato de valores pecuniários aos servidores públicos, *pois a sua futura ou eventual recuperação poder-se-á fazer com simplicidade e presteza*.

É de realçar que *não é só e apenas por causa do perigo de dano ao direito subjetivo da parte que se lhe outorga a proteção cautelar, mas sim igualmente por causa do interesse essencialmente público na justa composição do litígio que está de envolta com esse direito individual.*

Mas, em sede de tutela antecipada, se esse perigo de dano irreparável acha-se exaustivamente demonstrado, *fica o juiz autorizado a prover, desde logo, a proteção substantiva ao direito invocado pela parte, antecipando a sua efetivação*, contrariamente ao que ocorre com a tutela cautelar *clássica*, que não pode dispensar proteção substantiva, como adverte com a pertinência de sempre o eminente Professor Vicente Greco Filho (*Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 154).

Por último, frise-se que o perigo temido, para que se autorize a tutela cautelar, além de grave, *deve ser iminente e concreto sobre o direito alegado pela parte* (STJ, MC 1.325-SP, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 16.11.98, p. 85), não bastando a pura e simples demonstração de sua *possibilidade remota* (STJ, AGRMC 1.331-SP, Rel. Min. Menezes Direito, DJU 31.8.98, p. 67), inclusive porque *são demais os perigos desta vida e não há como excluí-los da existência.*

A aceitação da *cautelaridade* no provimento da tutela antecipada, quando se tratar de pedido formulado com suporte na circunstância do art. 273, I do CPC, permitiria que a medida fosse outorgada *de ofício* pelo juiz, porque, pelo menos nesse caso, se cogitaria de *preservar a fruibilidade* do direito e a utilidade do processo, mesmo sem se retirar do provimento antecipatório a sua natural força instrumental da efetivação imediata; o que daria o *sentido de cautelaridade*, nessa hipótese, não seria propriamente o *conteúdo* da decisão, mas sim o seu *fundamento jurídico*.

A locução *fundado receio* (art. 273, I do CPC) está a indicar que não será o *mero temor* ou a *simples suspeita* de dano que dará



ensejo ao deferimento da tutela antecipada, *mas somente aquele consistente na eclosão de prejuízo material grave, capaz de afetar de forma significativa o patrimônio da parte.*

Como assinalado, esse requisito se assemelha ao conhecido *periculum in mora*, elementar da tutela de natureza acautelatória, e que consiste na visualização concreta (*e não imaginária*) de um dano iminente (*e não remoto*), causador por si mesmo de lesão grave (*e não de mera adversidade*) e de reparação árdua (*e não apenas difícil*) ao direito questionado na ação.

Dest'arte, quando o pleito da parte postulante tiver por suporte *o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* (art. 273, I do CPC), estará o juiz diante de um pedido de vocação acautelatória e *não aceleratória* ou de abreviamento da fruição do direito, mas também nesse contexto, como é evidente, se exigem a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação (art. 273, *caput* do CPC).

A essência do *periculum in mora*, nos domínios da tutela antecipada, é a inevitabilidade do largo tempo que se consumirá até o momento da solução definitiva da controvérsia posta no processo, *quando o quadro probatório inequivocamente já aponta, com segurança produtora de convicção, no sentido de. dar-se de logo essa mesma solução, de modo que protrair a sua adoção seria inexplicável, diante do ideal da presteza da jurisdição.*

Porém, exige-se que o dano seja *irreparável ou de difícil reparação* (art. 273, I do CPC), o que importa dizer: *se o dano é facilmente reparável ou facilmente recomponível*, não se abre ensejo ao deferimento da tutela antecipatória.

Por último, frise-se que o perigo temido, para que se autorize a tutela antecipatória, além de grave, *deve ser iminente, concreto e decorrente de fato inequivocamente provado, incidindo sobre o direito*

alegado pela parte (situação de verossimilhança), não bastando, portanto, a simples demonstração de sua possibilidade futura ou remota.

5. O Abuso do Direito de Defesa ou o Manifesto Propósito Protelatório do Réu

A locução veiculada no art. 273, II do CPC (*abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório*) traduz uma espécie de *conceito jurídico indeterminado*, cujo conteúdo pode (e deve) ser posto pelo juiz topicamente, *analisando detidamente cada caso concreto*, não sendo preferível que se busque estabelecer um padrão prévio de aferição da conduta da parte, visando a identificação desse elemento.

No *preenchimento* do espaço conceitual dessa locução caberá ao juiz sopesar todas as variáveis do comportamento do réu, abstendo-se de afirmar a sua ocorrência *quando a reação do réu ou a sua eventual resistência ao pedido da outra parte guardar compatibilidade com o sistema processual*, não se identificando obstinação ou intuito caprichoso no seu comportamento, quando apenas faz uso regular (ainda que intensivo) dos meios processuais disponíveis à sua ampla defesa.

Poder-se-ia até afirmar que a *função* dos conceitos jurídicos indeterminados, dentro dos limites do ordenamento (no caso, do ordenamento processual) *serve à justiça do caso concreto*, aplicada pelo Julgador no contexto *de cada situação submetida ao seu exame*, não sendo extensiva a conclusão dada a uma situação às demais outras situações, ainda que sejam *aparentemente idênticas*.

É preciso entender que a defesa do réu (ou o seu direito de defesa) tem certamente a mesma estrutura garantística do direito de ação do autor, conforme leciona o Professor Eduardo Couture:

"A ação, como direito de ataque, tem uma réplica no direito do demandado de se defender. Toda demanda é um modo de agredir. A exceção é a defesa contra o ataque, usado pelo

réu. Se a ação e, como dizíamos, o substituto civilizado da vingança, a exceção é o substituto civilizado da defesa. O autor ataca mediante a sua ação e o demandado se defende mediante sua exceção." (*Introdução ao Estudo do Processo Civil*, tradução de Mozart Victor Russomano, José Konfino, 1951, p. 41)

Desta sorte, resta que a análise da resistência do réu deve ser impregnada da noção de amplitude que permeia a própria prerrogativa de acionar, titulada pelo autor da demanda, *abstendo-se o juiz da forte tentação de identificar resistência obstinada do réu, quando este não faz mais do que exercer o seu direito constitucional de ampla defesa.*

Contudo, essa consideração não excluirá os casos de *rematada malícia processual* da parte promovida, manifestada na sua resistência caprichosa, seguramente configuradoras do propósito protelatório, o que também pode ocorrer na fase recursal e caracterizar litigância de má-fé, dando ensejo às sanções do art. 17 do CPC.

É evidente que o dispositivo codificado (art. 273, II do CPC) alude a duas condicionantes distintas: a) o abuso do direito de defesa é uma entidade e b) o manifesto propósito protelatório será outra.

Porém, é certo que tanto uma como a outra tem o efeito de justificar a concessão de tutela antecipada, em ambos os casos se cogitando de provimento judicial com forte carga sancionatória (punitiva) do comportamento indesejável do réu, *mas convém distinguir que o promovido adota, segundo cada hipótese, comportamentos processuais desuniformes.*

Por conseguinte, será de utilidade prática analisar de per si cada uma dessas situações, para se flagrar o que têm de desigual e diferente, como também o que apresentam de semelhante.

As condutas processuais têm limites e permitir-se a atuação fora deles significa admitir que se instale nos autos a *reinvenção diária do direito*, dando-se azo ao contestante astucioso para expor a esquisitice do

seu raciocínio, que será tanto mais sofisticado quanto mais o for a sua própria criatividade.

A. O abuso do direito de defesa

A primeira observação que encaminha ao sentido do que seria a consistência do *abuso do direito de defesa* pertine a afirmação de que essa conduta se refere apenas ao *abuso do direito de contestar* (art. 300 do CPC), e não, como poderia parecer, ao *abuso do direito de responder* em sentido genérico (art. 297 do CPC); assim, ao excepcionar (art. 304 do CPC) e ao reconvir (art. 315 do CPC), *não estaria o réu praticando abuso do direito de se defender*.

Poder-se-ia dizer que a exceção (art. 304 do CPC) e a reconvenção (art. 315 do CPC) são como *formas consecutórias ou desdobradas do direito de ação*, em que a parte promovida assume a posição processual ativa, diferentemente do que ocorre na *contestação*, em que o contestante, a rigor, *não faz pedido algum*, apenas resiste ao que lhe é formulado, daí se afirmar que esse modo de resposta (a contestação) é *vinculado* ao argüido pelo autor.

O abuso do direito de defesa (ou mais precisamente o abuso do direito de contestar) estará presente sempre e quando a peça trazida pelo réu ao processo for deslastreada de qualquer seriedade quanto ao mérito do pedido do autor, for afrontosa a texto expresso de lei ou tentar alterar intencionalmente a verdade de fato incontroverso no processo, confinando com as condutas reprováveis do art. 17. I, II e VI do CPC, configuradoras da litigância de má-fé.

A dicção do dispositivo poderia dar a impressão de que seria necessário *aguardar-se a apresentação da defesa do réu* para somente então aquilatar-se do seu eventual *potencial abusivo*, assim se excluindo o ensejo de *tutela antecipatória liminar*, em tal caso; contudo, vale lembrar

que essa seria apenas uma questão de prova, pois poderia o autor, já com a inicial, demonstrar que a conduta pré-processual anterior do (agora) réu já denota esse viés.

B. O manifesto propósito protelatório

Podem ser múltiplos e variados os comportamentos processuais da parte promovida caracterizadores do *manifesto propósito protelatório*, que é seguramente melhor apreendido pelos resultados que produz quanto ao adiamento da decisão final da lide; dest'arte, não se autoriza a decisão de teor antecipatório com base no art. 273, II do CPC, se o *propósito protelatório* não se verte ou não se materializa em *atos de protelação*, quer internos, quer externos ao processo.

Deve-se ter em mente que não basta a *intenção* do réu de praticar atos de que derive a protelação do processo, *sendo de mister que efetivamente os pratique, já que não haveria sanção processual prevista para o mero intuito procrastinatório*.

Ademais, não será um ato isolado do réu que dará ao juiz a convicção desse seu propósito, mas sim o somatório de atos que revelam a intenção do promovido de obstacular a solução do processo; mais uma vez será necessário recorrer-se ao art. 17 do CPC, para ali se identificar algumas atitudes do réu que apontam no rumo da prática da protelação.

Extraíndo-se desse dispositivo do CPC a *ideologia* que presidiu a sua redação, pode-se dizer que haverá o propósito protelatório do réu *sempre que opuser resistência injustificada ao andamento processual (art. 17, IV do CPC), provocar incidentes infundados (art. 17, VI do CPC) ou interpuser recurso com o intuito manifesto de protelar o encerramento da demanda (art. 17, VII do CPC)*.

O juiz dispõe, por conseguinte, do poder de aplicar ao réu renitente a *tremenda sanção da tutela antecipada em favor do autor*, nos casos em que o promovido reitera condutas incompatíveis com a normalidade do processo, criando ou astuciando a criação de percalços capazes de tumultuar a boa marcha do feito; por certo, essa reação judicial terá maior eficácia do que a aplicação das sanções pecuniárias a que alude o art. 17 do CPC, pela litigância de má-fé, porque ainda que se apliquem as multas, poderá ocorrer que a marcha do feito *continue indesejavelmente emperrada*.

A casuística forense aponta muitas situações em que o intuito protelatório estaria manifestamente presente: a) *quando o réu se recusa a fornecer elementos para elaboração do cálculo do valor da condenação*; b) *quando o réu impugna o valor do cálculo da liquidação sem precisar em que consistiria o erro e sem apresentar cálculo alternativo*; c) *quando o réu, sendo agente do Poder Público, alega falta de competência para corrigir o ato lesivo, se o mesmo foi da sua lavra*; d) *quando o réu apresenta requerimentos padronizados com alegações cumulativas de preliminares, sem a devida aplicação à hipótese em exame*; e) *quando o réu retarda o depósito de honorários periciais ou de outro auxiliar do juízo*; f) *quando o réu impugna a prática de ato processual precluso*; g) *quando o réu apresenta recurso com argumentação dissociada da decisão*; ou h) *quando o réu, vencido na ação, reclama respostas específicas a cada um dos seus argumentos*.

Essas condutas do réu não devem influir no ânimo do juiz quanto ao tratamento a ser dispensado ao direito da parte, cabendo-lhe, serenamente, aplicar a sanção processual de antecipar a solução da lide; no segundo grau de jurisdição essa reação do órgão judicante pode ser manifestada com apoio no art. 557 do CPC (redação da Lei 9.139/95), que permite ao relator do feito, por decisão monocrática, *negar seguimento a*

recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior, permitindo-se a execução imediata da sentença.